

PROVINCIA: RÍO NEGRO

LOCALIDAD: VIEDMA

FUERO: PENAL

EXPTE.Nº: 20859/06 STJ

SENTENCIA Nº: 126

PROCESADO: MONTESINO DIEGO FABIÁN – OSSES HÉCTOR DANIEL –  
RIFFO JOSÉ ROLANDO

DELITO: HOMICIDIO CRIMINIS CAUSA EN CONCURSO IDEAL CON ROBO  
CON ARMAS

OBJETO: RECURSO DE CASACIÓN

VOCES:

FECHA: 28-08-06

FIRMANTES: SODERO NIEVAS – BALLADINI – LUTZ EN ABSTENCIÓN (NO  
FIRMA POR COMISIÓN DE SERVICIOS)

///MA, de agosto de 2006.

VISTO: Las presentes actuaciones caratuladas: “MONTESINO, Diego Fabián y Otros  
s/Homicidio en ocasión de robo s/ Casación” (Expte.Nº 20859/06 STJ), puestas a  
despacho para resolver, realizada la deliberación según constancia de fs. 1180; y- - - - -

----- CONSIDERANDO:-----

-----1.- Que, mediante sentencia Nº 77 del 1 de diciembre de 2005, la Cámara Primera  
en lo Criminal de San Carlos de Bariloche resolvió –en lo pertinente- condenar a Diego  
Fabián Montesino, Héctor Daniel Osses y José Rolando Rizzo a la pena de prisión  
perpetua por considerarlos coautores penalmente responsables del delito de homicidio  
criminis causa, en concurso ideal con robo con armas (arts. 45, 54, 80 incs. 7º y 8º y 166  
inc. 2º C.P.), con accesorias legales y costas (arts. 498 C.P.P.).-----

-----2.- Que, contra lo así decidido, los doctores Jorge Oscar Crespo, Marcelo Álvarez  
Melinger y Roberto Diego Villalba, en representación de Héctor Daniel Osses, Diego  
Fabián Montesino y José Rolando Rizzo, respectivamente, interpusieron recursos  
extraordinarios de casación, que fueron concedidos por el tribunal de grado inferior.- - -

-----3.- Que el doctor Jorge Oscar Crespo, abogado defensor de Héctor Daniel Osses,  
afirma que la sentencia es violatoria de la ley (tanto sustancial como formal) y de la  
doctrina legal aplicable, por lo que solicita que, previo realizar los trámites de ley, se  
condene a su defendido a la pena mínima prevista para el delito de robo con armas (art.

166 inc. 2º) o, a todo evento y de manera subsidiaria, se //2.- aplique el art. 165 (en el mínimo de pena) del Código Penal. Deja planteada asimismo la posibilidad de un nuevo juicio.- - - - -

----- Luego desarrolla lo que entiende es una relación clara, precisa y circunstanciada de los hechos que se encuentran probados en la causa según lo han declarado los jueces, como elementos imprescindibles para demostrar que se han unido estos hechos a la figura penal prevista en el art. 80 incs. 7º y 8º del código de fondo que, a su criterio, no se corresponde con ellos.- - - - -

----- Sostiene que la arbitrariedad surge evidente, como así la evasión de la realidad y la violación de los principios lógicos que deben dominar la especie, pues no se puede afirmar, estrictamente en relación con la muerte del agente Cornejo, la existencia de 1) convergencia intencional entre los condenados (en tal sentido, señala que no se puede aseverar que su defendido fuera dispuesto a cometer la muerte del joven policía o que actuara en cumplimiento de planes previos); 2) existencia de planes previos, y 3) conocimiento de que el malogrado policía Cornejo sería el custodio del supermercado la noche del hecho. A esto suma que tampoco puede afirmarse que la muerte del joven fue perpetrada para evitar ser reconocidos.- - - - -

----- Agrega que se condena por aplicación del art. 80 incs. 7º y 8º, pero se omite considerar que son necesarios elementos específicos, cuales son el designio de preparar, facilitar, consumir u ocultar otro delito (respecto del inc. 7) y el dolo directo (en función del inc. 8º). Además, continúa diciendo, no existe ni se expresa fundamentación //3.- alguna que acredite la relación de medio a fin entre el homicidio y la preparación, facilitación, consumación u ocultamiento del robo perpetrado.- - - - -

----- Por último, refiere que Héctor Daniel Osses no tuvo el dominio del hecho -con respecto a la muerte de Cornejo- y no prestó aporte objetivo alguno a esa circunstancia, y hace reserva del recurso extraordinario federal.- - - - -

-----4.- Que, por su parte, el señor Defensor Oficial doctor Marcelo Álvarez Melinger, en representación de Diego Fabián Montesino, pide que –oportunamente- se modifique la calificación legal, así como el grado de participación que se le enrostra a Diego Fabián Montesino, y consecuentemente se haga lugar a lo solicitado en el alegato de la audiencia de debate.- - - - -

----- Aduce que la motivación de la sentencia no es razonable en la aplicación del derecho y se decidió en forma arbitraria sin contestar planteos efectuados por la parte, como así también que se suprimió prueba a favor de los imputados y se recortaron las

declaraciones testimoniales e indagatorias. Concretamente, sostiene se omitió considerar que el testigo Llanos fue conteste en señalar en el juicio que existió un forcejeo entre uno de los imputados y la víctima Cornejo, ya que este último habría intentado sacar su arma, y que durante ese forcejeo fue que escuchó el disparo. Agrega que existen contradicciones entre los testigos Llanos y Forchino y que la sentencia sólo destaca la versión de Forchino y omite los términos de Llanos, que se contraponen evidentemente con los sucesos previos y el desplazamiento que narra Forchino. También alega que el ///4.- testigo Argunero jamás utilizó el adjetivo “sugestivo/a” al igual que su asistido respecto de la palabra “confirmó”, como se señala entre comillas en la sentencia; que a los imputados se les “cree” en ciertas consideraciones y que se omiten valorar explicaciones de su asistido.- - - - -

----- Posteriormente expresa que se calificó el accionar sin haber atribuido a su pupilo el dolo específico requerido por la figura del art. 80 inc. 7º del Código Penal, es decir, el dolo directo requerido para que una conducta resulte típica. Además, asevera que su defendido no pudo conocer la circunstancia de que se había producido el disparo que generó la muerte de Cornejo y por lo tanto no pudo desistir de ello, lo que demuestra que su grado de participación es secundario, por la ayuda que prestó al aguardar con su vehículo a la distancia.- - - - -

----- Cita jurisprudencia y datos periodísticos en apoyo de su postura y, finalmente, dice que no se encuentra probado que su asistido haya actuado en convergencia intencional con el dolo de producir una muerte.- - - - -

-----5.- Que el doctor Roberto Diego Villalba, abogado defensor de José Rolando Riffo, invoca la inobservancia y la errónea aplicación de la ley sustantiva, ya que en el caso correspondería la aplicación del robo con armas en calidad de partícipe y no lo que resolvió el Tribunal. Afirma luego que, conforme con las constancias probatorias existentes en autos, arribó a la conclusión de que su asistido actuó prestando su consentimiento para cometer el delito de robo con armas, no para matar a una persona, y mucho menos a un ///5.- colega de trabajo.- - - - -

----- A continuación precisa que del testimonio de Ricardo Samuel Llanos puede inferirse resistencia por parte del empleado de seguridad y que la declaración de Forchino se contradice con la prestada en instrucción. Refiere también que de las indagatorias no surge que previo al hecho se haya hablado del custodio, por lo que no había intención de matar a Cornejo, y que incluso tal circunstancia le fue posteriormente reprochada a Marifil, mientras se encontraban en el interior del rodado de Montesinos.

En su exposición destaca que se repartieron los roles para cometer el robo y que de la prueba de autos no surge que se haya acordado el homicidio del custodio.- - - - -

----- En abono de su postura, se explaya en lo dicho por Eugenio R. Zaffaroni en su “Manual de Derecho Penal. Parte General” (págs. 570 y sgtes.) sobre la teoría del dominio del hecho, y argumenta “que debemos preguntarnos si el delito de homicidio que se pretende extender a todos los cómplices en grado de coautores, debe ser así, ya que como claramente surge de los testimonios, cada uno realizó una conducta típica de robo con armas, siendo solamente Marifil quien con total dominio del hecho mata a otro (custodio del lugar), mientras como vengo expresando, Riffo reducía al carnicero y Osses buscaba al Gerente para poder concretar el desapoderamiento de la recaudación del lugar ¿Dónde está el aporte necesario de Riffo y Osses para con el homicidio?” (fs. 1115 vta./1116).- - - - -

----- Analizando la calificación legal, dice que la muerte de Cornejo se produjo como consecuencia de una acción de ///6.- Marifil, que no tenía otra motivación que la pretendida solamente por aquél y no la vinculada con el desarrollo del robo, por lo que queda fuera la aplicación de la agravante del art. 80 del código sustantivo porque no se ha demostrado la conexión ideológica entre el homicidio y el robo.- - - - -

----- A tales consideraciones agrega que no está probado que Cornejo fuera un policía inexperto y que esta circunstancia fue la que posiblemente llevó al forcejeo con Marifil, como así tampoco está demostrado que lo hayan matado para no ser identificados y lograr así su impunidad, puesto que estaban encapuchados; de tal modo, sostiene, de haber sido ése el móvil, podrían haber cometido el hecho a cara descubierta y matarlo sin más a Cornejo y al resto de los empleados.- - -

----- En relación con la figura del inc. 8º del art. 80 del Código Penal, señala que nada se dice en los considerandos ni en la parte pertinente donde se analiza el delito, por lo que considera que debe aplicarse la sanción de nulidad del art. 110 del Código Procesal Penal.- - - - -

----- Finalmente, cita jurisprudencia en abono de su reclamo, hace reserva del caso federal y solicita que se aplique a su pupilo el art. 166 inc. 2º con base en el art. 47 del Código Penal, por ser la imputación del a quo contraria a lo normado por los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional.- - - - -

-----6.- Que este Tribunal de Casación

viene sosteniendo en forma continua y reiterada que el análisis de admisibilidad del recurso de casación del tribunal de grado inferior debe responder a los nuevos parámetros fijados como garantía de ///7.- la doble instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “CASAL” (C. 1757, XL., del 20-09-05, ratificado en los fallos “MARTÍNEZ ARECO”, del 25-10-05, “BENÍTEZ”, del 28-02-06, LL del 03-05-06, y “DÍAZ, Juan Carlos y VERÓN, Sergio David” del 04/07/2006).- - - - -

----- En el sub examine, el a quo declaró la admisibilidad formal de los recursos con la afirmación de que este Superior Tribunal de Justicia adoptó el criterio del fallo “CASAL” de la Corte y que las partes se agravian por la interpretación de cuestiones de derecho. Así, sin más, entendió cumplidos los requisitos formales exigidos para habilitar la instancia extraordinaria.- - - - -

----- De tal modo, la sentencia interlocutoria del 29 de diciembre de 2005 incumple con la motivación prevista por el artículo 110 del rito en tanto los precedentes citados no implican por sí una habilitación automática de la doble instancia por la sola interposición del recurso contra una sentencia definitiva o equiparable a tal.- - - - -

----- Es que, aunque ahora el control abarca las cuestiones de hecho y prueba y deja fuera sólo aquellos aspectos que dependen de la inmediación del debate oral (esto es lo sustancial que indica “CASAL”, pues en su nueva matriz el clásico medio de impugnación extraordinario se viste de las notas de los recursos ordinarios, conforme Morello y Germán González Campaña, “La Teoría del máximo rendimiento en el derecho procesal”, en Suplemento L.L. Penal y Procesal Penal, 21-07-06), el a quo debe realizar una evaluación de verosimilitud de los agravios esgrimidos mediante un análisis circunstanciado de procedencia de cada uno de ///8.- ellos.- - - - -

----- En este sentido “... 1. [e]xpresar agravios es ejercer el control de juridicidad mediante la crítica de los eventuales errores del juez y por ponerlos en evidencia, obtener la modificación parcial o íntegra del fallo en la medida del gravamen que se causara. 2. El tribunal de alzada no puede examinar consideraciones de tipo genérico que meramente denotan disconformidad subjetiva con la sentencia y que por eso son insuficientes como fundamentación del recurso” (CCom. de San Isidro, sala I, 11-05-99, LLBA 2000-935). Asimismo, “[s]i bien la expresión de agravios no está sujeta a formas sacramentales, ella tampoco importa una simple fórmula, pues el recurso de apelación no constituye un medio para sostener el proceso al parecer de otro tribunal” (CCCom.

de Rosario, sala II, 31-10-97, in re “IBARRA DEUX”, LL Litoral 2000-164 (176-S), “El Recurso de Apelación”, por Sonia Medina, pág. 175, en “Recursos Ordinarios y Extraordinarios”, Director Roland Arazi, Rubinzal-Culzoni Editores, primera edición, 2005.).- - - -

----- En razón de lo expuesto, el tribunal a quo debe evaluar la interposición de una crítica concreta y razonada a la legalidad de la decisión dictada. En tal tarea, el tribunal de grado inferior no puede sustraerse al mérito y a la consideración de la doctrina legal que resuelva la cuestión propuesta a discusión, pues conspiraría contra el debido proceso legal la habilitación de la instancia de agravios que manifiestamente no puedan prosperar.- - - - -

----- De igual modo, ante la presentación de planteos nulificatorios, el a quo debe hacer un somero análisis del //9.- cumplimiento de sus requisitos de admisibilidad, entre los que no pueden obviarse el interés que sustente el agravio y su temporaneidad.- - - - -

- - - - -

----- Como fue referido supra, tal tarea ha sido obviada por el sentenciante, con lo que el análisis de admisibilidad no responde a los nuevos parámetros mencionados, que ya se encontraban presentes en la doctrina legal de este Superior Tribunal expuesta in re “ZACARÍAS” (Se. 138/05).- - - - -

----- De seguir la orientación opuesta, este Tribunal debería admitir que su jurisdicción, en principio, estuviera habilitada o denegada sin razones que avalaran uno u otro resultado, lo cual irrogaría un claro perjuicio al derecho de defensa de los litigantes y al adecuado servicio de justicia.- - - - -

----- La consecuencia primera de lo anterior sería la declaración de nulidad de la admisión del recurso de casación con el consecuente reenvío para su nuevo examen, pero el principio de celeridad procesal antes mencionado hace necesario que el tribunal de casación ingrese sin más en el tratamiento de los agravios expuestos en el sub examine.- - - - -

----- Ahora bien, en el orden de ideas que se viene desarrollando, debe distinguirse adecuadamente el recurso de casación con la actual interpretación asignada por la Corte Suprema en “CASAL” (respecto del segundo supuesto del art. 456 del CPPN idéntico a nuestro art. 426 inc. 2do. CPPRN) de lo que sería un “recurso directo”. Así, es posible que existan en un ordenamiento jurídico tres recursos para asegurar la garantía de la doble instancia: 1) apelación //10.- integral, que puede estar a cargo de un tribunal especializado o de impugnación o intermedio; 2) casación en sentido amplio, incluidas

las cuestiones de hecho y derecho –es decir, eliminando la clásica distinción-; 3) directo o elevación en consulta, como surge del art. 179 inc. 2 de la Constitución de la Provincia del Chubut (modificada en el año 1994), reglamentado en el art. 377 del código procesal de esa provincial (Ley 5748, que entrará en vigencia a partir del 31 de agosto del corriente).- - - - -

----- En la provincia de Río Negro, hasta tanto no exista modificación de la normativa vigente (Constitución Provincial o Código Procesal Penal), sólo se aplica el recurso de casación con la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- - - - -

----- Entonces, para habilitar la instancia de casación basta con la presentación plausible de todo agravio que razonablemente pueda constituir un error de la decisión que, de ser cierto, conduzca a la eliminación total o parcial de lo resuelto.- - - - -

----- De tal forma, el carácter total de la revisión no implica per se la apertura de la instancia ni que el examen que este Superior Tribunal de Justicia debe realizar respecto de la sentencia deba ir más allá de las cuestiones planteadas por la defensa. Ello es así porque, al tratarse de un derecho que su titular ejerce en la medida en que la sentencia le causa agravio, resulta incorrecto intentar derivar de la garantía en cuestión una exigencia normativa que obligue a controlar aquellos extremos del fallo que el recurrente no haya sometido a revisión del tribunal///11.- examinador.- - - - -

----- En consecuencia, es necesario un nuevo análisis de admisibilidad (esto es, no sólo de los requisitos formales previstos) respecto de aquellos expedientes que manifiestamente no puedan prosperar, con el objeto de lograr una mejor administración de justicia, respetando las garantías constitucionales de duración razonable del proceso y celeridad de su trámite y evitando la incertidumbre que todo proceso penal abierto conlleva (art. 18 CN).- - - - -

----- Ello así pues debe “... reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio y reconocido por el art. 14, ap. 3º, inc. c, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene jerarquía constitucional, el derecho de todo imputado a obtener, después de un juicio tramitado en legal forma, un pronunciamiento que, definiendo su situación frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal” (Fallos 323:982).- - - - -

----- En este orden de ideas, sin exigir a la formulación del recurso de casación cortapisas solemnes, pero sí la presentación de una crítica concreta y razonada atento a lo sostenido en el sumario 12 del voto de la doctora Carmen M. Argibay y conforme la exigencia de los arts. 415 y 432 del rito, se advierte que los fundamentos expuestos son ineficaces para demostrar la falta de razón de la sentencia cuestionada, lo que hace aconsejable, luego de una revisión integral de la misma, negar la habilitación de la instancia, para una mejor administración de justicia y en resguardo del ///12.- derecho del condenado a que se defina su pretensión en el menor tiempo posible.- - - - -

-----7.- Que el a quo tuvo por acreditado que el día 19 de diciembre de 2004, a las 22:45 horas, en convergencia intencional y mediante un acuerdo de voluntades en torno a la comisión de un ilícito, Diego Fabián Montesino, Javier Marifil, Héctor Daniel Osses y José Rolando Riffo se hicieron presentes en el supermercado Todo de la localidad de El Bolsón. Montesino llevó al resto de los nombrados al lugar en el auto de su propiedad, donde se bajaron Marifil -con una pistola Bersa calibre 22-, -con un revólver calibre 32- y Riffo -con un pistolón- y entraron en el lugar, en ese orden, todos encapuchados y con las manos enguantadas, luego de sorprender a Ricardo Llanos, carnicero del comercio, cuando abrió la puerta de ingreso para retirarse. En el interior del supermercado estaban Javier Alejandro Boiero, Edgardo Eduardo Forchino, Dana Marlene Rodríguez y quien oficiaba de policía adicional, Mauricio Cornejo. Los imputados bloquearon la salida de Llanos, mientras el chofer del automotor, Diego Montesino, aguardaba en la zona externa del local comercial a bordo de su vehículo. Luego Javier Marifil procedió a reducir a Cornejo y le efectuó dos disparos, uno de los cuales ingresó en la zona de su nuca de izquierda a derecha, de abajo hacia arriba y de atrás hacia delante, y en su trayecto lesionó el tronco encefálico y el cerebelo, lo que le provocó la muerte en forma inmediata; el otro disparo no llegó a impactarlo. Posteriormente los encartados obligaron al personal del supermercado a arrojar al suelo, a arrastrarse por detrás de la zona de ///13.- cajas hacia los dos baños existentes en el lugar y apagar las luces del local. En la zona de baños, el gerente fue forzado a abrir la caja fuerte, de la que extrajo una suma de dinero -que no ha podido establecerse pero que estaría entre los veinticinco mil o treinta mil pesos en efectivo- y la entregó a uno de los imputados, quien la introdujo en una mochila color negro. Con el dinero en sus manos, Cornejo en el suelo fallecido y los empleados en el interior del baño, los encartados se dieron a la fuga a bordo del rodado conducido por Diego Montesino en dirección al centro de El Bolsón.-

-----

----- El sentenciante afirmó asimismo no tener dudas de que el grupo integrado por Marifil, Osses y Riffo viajó desde San Carlos de Bariloche a la localidad de El Bolsón donde los esperaba Montesino en su auto particular, y allí se reunieron y concretaron los detalles del hecho. Montesino les advirtió sobre la presencia de un policía que oficiaba de custodio, se repartieron los roles y todos conocían los alcances de su despliegue esa noche. También tiene por probado que posteriormente Montesino los trasladó hasta una cabaña en la que debían esperar a que se hicieran las 22 horas, cuando él finalizaba su tarea, y que cumplida la hora los fue a buscar y los trasladó hasta el supermercado asaltado. Finalizado el hecho, huyeron del lugar tratando de despistar a sus propios compañeros de acuerdo con el relato que éstos efectuaron en indagatorias.-----

--

----- Cabe señalar que sobre tales extremos fácticos no existe impugnación de los recurrentes. Además, se deja constancia de que Javier Marifil, sindicado por los///14.- imputados como la persona que realizó el disparo mortal contra Mauricio Cornejo, fue sobreseído en autos por acreditarse su suicidio a casi 24 horas del ilícito.---

-----8.- Que, sentado lo anterior, los tres recursos de casación impugnan en primer lugar y de forma esencial (porque de ello dependen los restantes agravios) los extremos subjetivos que el a quo dio por probados para sustentar la calificación jurídica del art. 80 inc. 7º del Código Penal.-----

----- Concretamente, cuestionan que los imputados entraran al supermercado directamente a dar muerte al policía que oficiaba de custodio para no ser reconocidos y ver frustrados sus propósitos, tal como establece el juzgador cuando afirma que ocasionaron “la muerte... para finiquitar sus propósitos, apoderándose del dinero y dándose a la fuga” (fs. 1035), aserto que reitera a fs. 1037, donde dice que mataron al policía “... que se encontraba en funciones para poder concretar sus propósitos de robo, y asegurar su impunidad, matan removiendo el obstáculo que significa el policía y se apoderan del dinero y huyen”.-----

----- Los agravios no pueden prosperar y su ineficacia determina la imposibilidad de habilitar la instancia. Además, es improcedente el principal argumento de que existió un forcejeo entre la víctima Cornejo y Javier Marifil, sustentado en la declaración de Llanos y en contradicciones entre este último y Forchino.-----

----- En este sentido, de las declaraciones indagatorias se desprenden los siguientes hechos concordantes y no controvertidos: Marifil, Osses y Riffo viajaron en colectivo

///15.- desde San Carlos de Bariloche a El Bolsón, cada uno llevando un arma de fuego que no era la reglamentaria. Riffo viajó en miras a “conseguir plata”, aceptando la propuesta que Marifil le había hecho unos días antes. Montesino los estaba esperando con su vehículo particular (cabe señalar que los cuatro tenían una amistad y trato frecuente), y ni bien se subieron fue Marifil quien le propuso algo así como “vamos a hacer un caño en el Supermercado Todo. Tengo unos buenos datos al respecto”. Montesino advirtió del riesgo por la presencia de un custodio allí ubicado en forma permanente, un empleado policial que oficiaba de adicional. Montesino dejó a Marifil, Osses y Riffo en una “cabaña” vecina, que no era de sus padres, desde las 21 y hasta las 22,15 horas, oportunidad en que terminó su guardia, se cambió –se vistió de civil- y regresó al lugar. Ascendieron todos al auto y acordaron que Montesino conduciría hasta el supermercado para dejarlos en la parte de atrás, que luego se retiraría y volvería ni bien le fuese comunicado mediante un teléfono celular que el asalto estaba terminado, todo lo que efectivamente ocurrió. Marifil ingresó primero en el supermercado, y luego Osses y Riffo a una distancia aproximada de cinco pasos, quienes escucharon uno de los disparos que hizo Marifil mientras entraban en el local.- -

----- El testigo Llanos declaró que “... lo apuntaron y le dijeron esto es un asalto... fue obligado a arrojarse al piso... [y que] uno de los asaltantes... le apuntó al policía adicional y como éste intentó correrle el arma, le efectuó un disparo en la nuca, venían directo a dispararle... después del disparo todo siguió como si///16.- hubiese estado planeado, arreglado, no escuchó entre ellos ninguna discusión...”. Por su parte, el testigo Forchino dijo que “... vio cuando ingresaron tres personas encapuchadas... el que portaba el arma larga fue hacia donde estaba otro de sus compañeros que tenía tomado a Cornejo con las manos arriba y le efectuó un disparo en la nuca, no vio forcejeos, el empleado policial no tuvo oportunidad de defenderse”. Por último, Boiero testificó que “... cuando ingresaron al local efectuaron dos disparos de balas y pudo ver al empleado policial que caía al suelo, no vio forcejeo sino directamente los disparos...”.- - - - -

----- En el peritaje realizado a la camisa y la campera del uniforme policial de la víctima se determinó que se disparó “estando la boca de fuego en la distancia balística de ‘quema ropa’ y tienen una incidencia de izquierda a derecha y levemente ascendente” (fs. 395/396).- - - - -

----- En el croquis (fs. 272) y las diecinueve fotos del local comercial (fs. 397) se observa la puerta de ingreso utilizada por los imputados, la distribución de las cajas

registradoras y de los demás elementos y bienes que allí se encontraban y una visión panorámica del interior del supermercado desde la mencionada puerta.- - - - -

----- Con este conjunto probatorio no se puede sino coincidir con el sentenciante en cuanto a que se encuentra certeramente acreditado el tipo subjetivo –dolo- del delito de homicidio criminis causa.- - - - -

----- Así es que los policías Marifil, Osses y Riffo viajaron con armas no reglamentarias hasta el Bolsón, donde los esperaba Montesino, hicieron tiempo en una cabaña ///17.- circunstancialmente desocupada hasta que este último terminó su horario de trabajo policial y tras ello fueron al local comercial donde sabían que había custodia policial. Allí ingresó Marifil (según dichos de los imputados) y, luego de recorrer una distancia de unos cinco pasos, disparó al policía adicional Mauricio Cornejo. La decisión de entrar directamente a matar es aun más evidente si se considera que el disparo fue a quemarropa en la nuca –lo que habla claramente del ánimo de matar- y que cuando se produjo el disparo mortal Osses y Riffo estaban ingresando por la puerta.- - - - -

----- Entonces, la oportunidad en que se realizó el disparo (al ingresar) y la escasa distancia recorrida en los segundos que demoró en “casi apoyar” el arma en la nuca de la víctima y disparar no se condicen con otra intención que no haya sido la de “entrar a matar”, y ése fue uno de los hechos que coordinaron y acordaron los imputados para el concreto propósito de remover un obstáculo en el robo y asegurar la impunidad.- - - - -

----- Cabe recordar que Montesino, Marifil, Osses y Riffo eran policías, que todos tenían una amistad y trato frecuente y que los tres últimos trabajaban en San Carlos de Bariloche y viajaron hasta el Bolsón (ubicado a una distancia aproximada de 120 kilómetros al sur) para cometer ese delito. Por ende, como quedó demostrado en los hechos del sub examine, tenían conocimientos en el manejo de armas, en la coordinación de sus actividades en situaciones críticas y en la forma de controlar peligros a sus intereses. Aquí es relevante valorar no sólo el desempeño ///18.- individual y de conjunto durante el hecho ilícito, sino los actos previos y posteriores, referidos a la huida.-

----- En este contexto, y dado que ni el a quo ni el recurrente cuestionan la credibilidad de los testigos Llanos, Forchino y Boiero, se destaca que tanto respecto del ingreso de los delincuentes, como en lo que hace al shock emocional de los testigos, el momento en que se produjo el disparo de muerte (uno o un par de segundos después) y la

consecuente repercusión en la percepción de los presentes, no se observa la pretendida contradicción entre los dichos de Llanos y Forchino. Es más, entre ellos existe plena compatibilidad.- - - - -

----- Así, y en concordancia con lo resuelto por el a quo, de las citadas declaraciones se extrae la clara reconstrucción del hecho de la siguiente forma: ingresó el primer delincuente y, mientras recorría el trayecto que lo separaba de Cornejo -quien habría oído que se trataba de un asalto-, arma en mano y apuntándole, la víctima comenzó a levantar las manos y continuó haciéndolo hasta que Marifil le aproximó el arma a la nuca y disparó. Es decir, lo que vio Llanos

fue un movimiento de Cornejo de rendición o defensa –quizás como acto reflejo-, que lejos está de poder considerarse un forcejeo. Forchino y Boiero fueron contestes en que esto último no existió.- - - - -

----- Por otra parte, y confirmando lo expuesto, cabe poner de resalto la ausencia de concordancia en las declaraciones de los imputados sobre una circunstancia tan delicada y esencial como la analizada.- - - - -

----- Así, Montesino declaró que “... Marifil manifestó \se ///19.- la tuve que dar, no quise, pero comenzamos a forcejear y tuve que dársela\” (fs. 121). Por su parte, Osses dijo que “... cometido el asalto y cuando habían subido al auto de Montesino le preguntaron a Marifil qué había pasado, contestando Marifil \lo tuve que poner porque sacó el arma\” (fs. 131). Por último, Riffo relató que “... en el interior del vehículo Marifil manifestó \lo puse, lo puse, tuve que ponerlo debido a que...\’, manifestando no recordar los motivos” (fs. 136). De tal modo, Montesino atribuye a Marifil haber dicho que forcejeó; Osses, que Cornejo sacó el arma, y Riffo, que no recuerda el motivo que aquél dio, en definitiva, nada en concreto que valorar a favor de los imputados.- - - - -

----- Además, se advierte que el sentenciante evaluó las indagatorias (conf. art. 22 Const.Prov., ver Se. 242/04 y 29/05 STJRNSP, entre otras) en función del resto de la prueba del expediente. Así, algunas circunstancias relatadas por los imputados se corroboraron mientras que otras se desecharon porque contradecían el plexo probatorio y tenían una clara intención desincriminatoria (v.gr.: pese a lo declarado en las indagatorias, el hecho de que no se encontraran las armas utilizadas ni el dinero robado, o el cambio de versión de Riffo sobre las armas rectificando su primera declaración para ajustarla a las de los co-imputados).- - - - -

----- Lo “precedente no implica una inversión indebida del \onus probandi\’ ni un

desconocimiento del principio de inocencia ya que, si bien se encuentra a cargo de la parte acusadora la prueba de la existencia del hecho y su autoría, ///20.- es a la defensa a la que incumbe contrarrestar la prueba de cargo. De modo concordante, \este Cuerpo entiende que Nemesio González (en su comentario al fallo 46246 de la CS, del 02-08-94, ED, Tomo 161, págs. 265/268) confirma esta postura, cuando dice que «... el enjuiciado prosigue siendo poseedor o titular de la citada presunción de inocencia, y el onus probandi tendiente a demostrar el hecho delictivo y su autoría y participación, está exclusivamente a cargo de la parte acusadora, salvo situaciones en que el imputado esgrima defensas e invoque hechos controvertidos con los probados por la acusación. En tales excepcionales casos, el imputado deberá incorporar prueba corroborante de los hechos por él invocados...»\ (Se. 81/00 STJRNSP in re \QUIROGA\)\” (Se. 79/05 in re “RODRÍGUEZ”).- - - - -

----- En este orden de ideas, útil es recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la prueba de presunciones tiene como presupuesto que cada uno de los indicios, considerados aisladamente, no constituyan por sí plena prueba del hecho con el que se vinculan -en cuyo caso no cabría hablar con propiedad de este medio probatorio- y, en consecuencia, es probable que analizados individualmente sean ambivalentes. Por ello es que el legislador, para que se configure esta prueba, exige que los indicios no sean equívocos, es decir, que todos reunidos no puedan conducir a conclusiones diversas y que sean concordantes los unos con los otros (Fallos: 308:640).- - - - -

----- En este marco, se señala -entre otras circunstancias- cómo entraron directamente a matar a quemarropa al joven custodio policial, sin que éste diera ningún motivo y sin ///21.- posibilidad de defensa, lo cual implica que hubo una conexión ideológica "mas no ocasional" entre el robo y el homicidio.- - - - -

----- Con relación al homicidio criminis causa, Núñez ha expresado que es la figura ampliada del antiguo latrocinio, ya que se enlaza con el hurto y con cualquier otro delito. El agravamiento del homicidio criminis causa reside en una conexión ideológica, pero comprende casos de conexión final y casos de conexión impulsiva. Sucede esta última cuando el autor mata por no haber obtenido el resultado que se propuso.- - - - -

----- La conexión ideológica de causa final entre el homicidio y el otro delito puede traducirse en la ejecución del homicidio: a) para cometer el otro delito, prepararlo, facilitarlo o consumarlo; b) para ocultar el otro delito, taparlo o evitar que sea

descubierto; c) para asegurar los resultados del otro delito, y d) para asegurar la impunidad para sí o para sus cooperadores (Conf. Núñez, “Derecho Penal Argentino. Parte Especial”, Tº III, págs. 51 y ss.).- - - -

----- Según Soler (“Derecho Penal Argentino”, Tº III, págs. 40/47), el homicidio final o causalmente conexo precisa la conexidad en el aspecto subjetivo, porque ésta es una figura inaplicable si en la conciencia del autor en el momento del hecho no estuvo presente positivamente el específico motivo de preparar, facilitar u ocultar otro delito o procurar la impunidad mediante el homicidio o el despecho motivado por el fracaso de un intento criminal (ver también Soler, obra citada, notas 98/99).- - - - -

- - - -

----- Asimismo, Donna ha expresado: "... la jurisprudencia ///22.- ha sostenido que la agravante que contempla el art. 80, inc. 7º del Código Penal requiere, para su configuración, que se plasme el nexo psicológico entre el homicidio y la otra figura delictiva, es decir que para que exista la concurrencia de la agravante en cuestión no siempre es necesario una preordenación anticipada, ya que la ley únicamente exige que el fin delictuoso funcione como motivo determinante del homicidio, lo que no requiere indefectiblemente una reflexión, sino sólo una decisión, que puede incluso producirse súbitamente en la ejecución del hecho" ("Derecho Penal Parte Especial", Tº 1, pág. 51).- - -

- -

----- A mayor abundamiento, es de destacar que Breglia Arias, refiriéndose a la vinculación del homicidio con otro delito, ha afirmado: "El homicidio criminis causa es una figura agravada con pena de prisión o reclusión perpetua, cuya agravación se basa en la vinculación del homicidio con otro delito. Las expresiones para y por son las que dan la pauta de esa vinculación. El agente actúa para \preparar, facilitar, consumir y ocultar otro delito o asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro\'; y actúa también por \no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito\ (el agente por no haber podido violar a una mujer, la mata). \El homicidio se comete para preparar cuando con él se procura obtener los medios o colocarse en situaciones que permiten la ejecución del otro delito; para facilitarlo cuando se procuran con él mejores posibilidades para la ejecución o efectividad del resultado del otro delito; para consumirlo cuando es el medio para ejecutar el otro delito (Creus); para ocultarlo cuando el homicidio se ///23.- procura que el otro delito no llegue a ser conocido (matar al único testigo presencial). El homicidio tiene como finalidad asegurar los resultados de otro delito, cuando mediante él se procura afirmar la pertenencia de los beneficios

que se han obtenido del otro delito ya consumado, o de los que se piensan obtener del delito que se va a cometer. La procura de impunidad puede estar referida a un delito ya cometido, en ejecución, o a uno por cometerse. Pero aunque cuando sea disparatada la idea de que se está logrando impunidad (matar a un testigo cuando hay muchos del hecho) no por ello el homicidio deja de ser el de este inciso. La frustración del homicida, que mata por no haber podido lograr el fin propuesto al intentar el otro delito (homicidio por despecho, o mejor expresado por resentimiento) implica que el otro delito debe haberse tentado por lo menos (el que mata por no haber podido violar debe haber tentado la violación; no es suficiente con los actos preparatorios)" (conf. Omar Breglia Arias, "Los homicidios calificados, artículo 80, Código Penal Argentino", en LL 1999-A, 727, citado en Se. 158/03 STJRNSP, in re "QUINTANA").- - - - -

-----  
----- En igual sentido se pronuncia Alexis Leonel Simaz en "El delito de homicidio con motivo u ocasión de robo" (ed. Ad-Hoc, 2002, págs. 146/147, 152/153, 159/160 y 166/167), con cita de Núñez, López Bolado, Levene y Creus -entre otros-.- - - - -

----- En conclusión, en el homicidio agravado por el delito conexo, el sujeto se propone matar y luego robar; mata para robar; cree que es necesario matar para consumir el robo, o ///24.- facilitarlo, o para asegurar su impunidad (conf. Ricardo Levene (h), "El delito de homicidio", ed. Perrot, 1955, pág. 212). Y ello es lo que se demostró en el sub examine: las circunstancias en que fue efectuado el disparo mortal, la inexistencia de discusión entre los delincuentes dentro del local comercial, la coordinación de roles en el desarrollo del hecho ilícito (uno mató y luego llevó a los empleados para encerrarlos en el baño, el otro agarró al gerente para abrir la caja fuerte y el tercero hacía de apoyo a los anteriores), la rápida salida del local y la posterior huida que emprendieron dan la certeza legal de que los imputados tuvieron el concreto propósito de remover un obstáculo –la custodia policial- en el robo y asegurar la impunidad.- - - - -

----- Con lo antedicho queda claro que, en el caso, el homicidio *criminis causa* (art. 80 inc. 7 del CP) se

conecta ideológicamente con el robo con una conexidad final, es decir, "el agente se sirve de la vida de otra persona para otra finalidad". Además, el "delito admite participación, siendo imprescindible que todos los partícipes actúen con el plus subjetivo (conexión ideológica) exigido por la figura. Esta es la conclusión a la que se

arriba en función del art. 47 contrario sensu CP” (conf. CACC San Nicolás, del 10-04-92; CA Concordia, Sala Penal, causa 67, del 03-10-95; (conf. Guillermo E. H. Morosi, “Homicidio criminis causae y robo agravado por homicidio”, ed. Di Plácido, 2003, págs. 15/16, 18/19 y 26/27).- - - - -

----- Con relación al tipo previsto por el art. 165 del Código Penal, al encontrarse la figura en el Título V del ///25.- Libro Segundo, correspondiente a los “Delitos contra la propiedad”, y al mencionar que el homicidio debe haber sido cometido con motivo u ocasión del robo, la ley se refiere no a quien mata para robar, sino al que robando mata. Además, la conexión entre ambas figuras debe ser accidental, incidental u ocasional, pero no final, pues en este último caso estaríamos en la hipótesis del art. 80 inc. 7º de la norma sustantiva. En cuanto al aspecto subjetivo de la figura del art. 165, el homicidio es lo que agrava y califica el robo, por lo que aquél debe haberse consumado (conf. Morosi, obra citada, págs. 34/37; Simaz, obra citada, págs. 229/239).- - - - -

----- Entonces, para deslindar el homicidio criminis causa del homicidio en ocasión del robo, básicamente pueden enunciarse tres puntos de vista en los cuales, como dice Creus, la doctrina no discute cuáles son los casos incluidos en el art. 80 inc. 7 del Código Penal, pero sí cuáles son los incluidos en el art. 165, y se presentan las tesis de Soler, Núñez y Fontán Balestra, entre otras (ver Morosi, obra citada, págs. 43/47 y 81/83; Simaz, obra citada, págs. 168/171).- - - - -

----- “Cometen los procesados el delito del art. 80, inc. 7º del CP, si mataron para evitar cualquier resistencia de la víctima y consumir el robo o si mataron para lograr la impunidad, porque ello es indiferente, en tanto el propósito de robar acompaña la acción homicida. Existe una relación íntima entre robo y homicidio, un propósito evidenciado a través de todas las circunstancias del caso (CNCrim. y Correc., Sala IV, 5/10/1979, ‘Parrondo\’...) [...] El hecho ///26.- de que, con posterioridad al homicidio se haya perfeccionado el robo, no excluye la posibilidad de que en aquel delito el ánimo del sujeto activo contara con el elemento subjetivo requerido por el art. 80 inc. 7 del CP, esto es, tener por móvil la inicial frustración del robo luego consumado (SCBA, P. 46302, 11/8/1992...) [...] En el año 1928 la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re ‘Zárate\’ entendió que en el caso del art. 165 el homicidio era accidental, sin explicar qué debía entenderse por este término [...en el año 1991 ] la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, con voto del Dr. Escobar, se pronunció en el sentido de que en el art. 165 entran todo tipo de homicidios (doloso, culposo y

preterintencional) menos los del art. 80, inc. 7° que requieren una finalidad adicional. El mismo año la Sala V de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional, con voto de Madueño, entendió que el art. 165 se refería a una muerte accidental o imprevista del robo, sosteniendo que en el caso del art. 80 no es necesaria la preordenación” (conf. Alexis Leonel Simaz, obra citada, págs. 186, 189, 229 y 231).- - -

----- Por último, en función de las particulares circunstancias relatadas, es dable destacar en el sub examine la teoría del rol. Al respecto, Miguel Ángel Arce Aggeo ha dicho: “Los contextos de interacción son consecuencia lógica de la concepción del sistema social, que definimos como red de interacción comunicativa constituida por un grupo determinado de individuos (sistemas individuales) que interactúan en el lenguaje recurrente y reflexivo. En tal contexto, el sistema social se constituye ///27.- como tal al estar estas relaciones inmersas en una organización producida por las personas y estructurada a través de un sistema de expectativas de comportamiento emergente de esa red comunicacional. Este sistema de expectativas está formado por un doble aspecto, que constituye un sinalagma: a) expectativas que se establecen y se refieren a los criterios de comportamiento para un actor, ego, a quien se toma como punto de referencia; éstas son expectativas de rol; b) por otro lado, se establecen las expectativas referentes a las reacciones contingentemente probables de los otros, alter” (“Introducción a la teoría comunicativa del delito”, ed. Universidad, 2006, pág. 131).-

----- Luego continúa diciendo el autor citado: “El concepto originario de rol puede atribuirse a Linton, considerado uno de los pensadores que dan inicio a la definición de esta particular distinción, desde el punto de vista de la Antropología. La distinción la efectúa a partir de definir los conceptos de status y rol, correspondiendo al primero la posición social del individuo en el sistema social, lo cual implica las expectativas y demandas en dirección a la posición de este individuo, siendo el rol la consiguiente actuación de quien ocupa esta posición con relación a las expectativas y demandas asignadas. Es decir, el status, como ubicación social, implica un doble juego de ejercicio de expectativas y derechos desde la operatividad del portador. Generalmente como afirman Olofsson y Hetzler, lo que Linton denomina status es lo que normalmente se distingue como rol, y lo que denomina rol es lo que se refiere generalmente al rol en operatividad en ejercicio: role-acting, role-playing ///28.- o role-performance...” (obra citada, pág. 135; las cursivas son del original).- - - - -

----- Es decir, los imputados tenían un rol que, desde el punto de vista funcional esperado, constituía una guía de comportamientos y, desde el punto de vista estructural

del sistema social humano, era una unidad de construcción del comportamiento humano, en interacción comunicacional, que quebrantaron con las conductas ilícitas (conf. Arce Aggeo, obra citada, págs. 51, 131 y ccdtes.)- - - - -

-----9.- Que, siguiendo este orden de ideas, este Cuerpo también coincide con el a quo en que resulta irrelevante determinar cuál de las personas que ingresó en el supermercado (Marifil, Osses o Riffo) fue la que disparó contra Mauricio Cornejo (fs. 1034), puesto que este Superior Tribunal de Justicia ha expresado en el precedente "OTERO" (Se. 120 del 31-10-00) que la valoración de la prueba "... permite dar cuenta de un obrar común efectuado por todos los integrantes del grupo policial que tomaron parte en la ejecución del hecho, con un sentido convergente hacia la figura aludida. De este modo, resulta irrelevante determinar la parte del hecho que ha realizado cada coautor, puesto que la comunidad de acción '\... tiene la importancia de referir la acción de cada copartícipe a un plano común, que hace responsable mutuamente a cada uno, y dentro de los límites de ese acuerdo, por la acción del otro...\' (ver Soler, '\Derecho Penal Argentino\', Tº II, pág. 306,.)"- - - - -

----- "En este sentido, la Sala 7 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal (in re '\PEREZ\', Se. del 10-08-81) ha dicho que '\... //29.- [a]unque el procesado no haya esgrimido armas en ninguno de los dos robos, corresponde que, como a los demás encausados, se le aplique la calificante de robo agravado por el uso de armas, por cuanto intervino conscientemente en la comisión de hechos violentos en los cuales los restantes coautores sí las emplearon como medio intimidante... en el ámbito de la coautoría funcional se atribuye a todos los coautores la obra común, aunque el tipo legal no se haya cumplido íntegramente de propia mano por cada uno de ellos en particular. Decidido y ejecutado el delito sobre la base de una DIVISIÓN DEL TRABAJO, cada coautor complementa con su parte en el hecho, la de los demás en la totalidad del delito; por eso responde también por el todo\' (conf. Se. 116/01 STJRNSP).- - - - -

----- Además, como se ha detallado, la Cámara demostró cabalmente la conexión ideológica necesaria para encuadrar el tramo fáctico correspondiente en la figura del art. 80 inc. 7 del código sustantivo y cumplió con la doctrina sentada por este Cuerpo ya que, como se ha expuesto en anteriores oportunidades, "... la médula de la figura penal se centraliza excluyentemente en el elemento subjetivo del tipo, desechándose en consecuencia el dolo eventual" (vid. STJ in re "SILVA", Se. 23/01; "MARTÍN", Se. 116/01).- - - - -

----- De tal modo, el desarrollo efectuado permite concluir que la acción de cada uno de los imputados Osses y Riffo (sobre Montesino ver infra apartado 11) se encaminó mediante aportes -consumativos o ejecutivos- demostrativos de una decisión común y convergente a la realización del tipo penal del art. 80 inc. 7º, por lo que los remedios en cuestión no ///30.- pueden tener otro destino que el rechazo.- - - - -

----- "... En este punto es menester recordar que la coautoría se basa en una imputación recíproca de todos los intervinientes en la fase ejecutiva del delito orientada por el acuerdo común que media entre ellos..." (Gustavo Eduardo Aboso, en Revista de Derecho Penal, Autoría y Participación I, 2005-1, Rubinzal-Culzoni, págs. 242/243).- - -

----- Siguiendo este orden de ideas, es importante destacar que "la realización del plan" concreto (esto es, el acuerdo común) constituye la esencia del dolo, lo que quiere decir que el "resultado ha de considerarse dolosamente producido cuando y porque se corresponde con el plan del sujeto en una valoración objetiva" (Claus Roxin, "Derecho Penal. Parte General", Tomo I, págs. 416/417; ver Se. 129/05 STJRNSP in re "CARCAMO").- - - - -

----- Además, esa "realización en común" de la pluralidad de autores ante el ilícito indica la "coautoría" de los imputados, en virtud de que aquélla permite "que cada acción, que por sí sola representa sólo una \parte de la realización del tipo\' -es decir, en este sentido, un tipo incompleto-, pueda ser tratada como realizadora del tipo, en la medida en que se halla combinada con \otras partes\', que integran el resto" (Marcelo A. Sancinetti, "Teoría del delito y disvalor de acción", ed. Hammurabi, págs. 659/660).

----- Así, "coautor es el que tiene juntamente con otro u otros el codominio del hecho. También el coautor debe tener todas las características exigidas para el autor... El codominio del hecho en la coautoría presupone la comisión común del hecho. De acuerdo con ello habrá codominio del ///31.- hecho cuando los coautores se dividan funcionalmente las tareas de acuerdo con un plan común; sin un plan que dé sentido unitario a la acción de cada uno no puede haber coautoría..." (conf. Bacigalupo, "Lineamientos", págs. 100 y sgtes., en Marcelo A. Sancinetti, obra citada, págs. 662/663).- - - - -

----- "Conforme a los fundamentos elaborados por los trabajos de Herzberg, Roxin y Rudolphi se pueden diferenciar distintas formas del dominio del hecho en conjunto: en primer lugar, el dominio del hecho correlativo, en el cual los actos individuales de

participación se complementan en la realización típica conjunta; en segundo lugar, el dominio del hecho aditivo, en el cual cada acto de participación se dirige a la realización típica completa, y, finalmente, el dominio del hecho alternativo, en el que según las circunstancias, la intención es que uno de varios participantes cause la realización del tipo penal y que la realización del tipo penal sea asegurada por el hecho de que todos los participantes están dispuestos a afectar el bien jurídico" (por Karl Heinz Göessel, en Revista de Derecho Penal citada, págs. 53/54).- - - - -

----- Entonces, el dominio final del hecho como condición de la coautoría sucesiva -y en lo que aquí interesa- es posible bajo las siguientes condiciones: "1. La participación en el dominio del hecho final y colectivo es decisiva. La participación objetiva en el hecho, por una parte, y por otra, la forma subjetiva, en el sentido de la necesaria conexión de voluntades entre los coautores, como el dolo para la participación en el dominio del hecho final del ///32.- grupo de personas. 2. Con la afectación al bien jurídico, el tipo penal abarca también a su autor y con ello los elementos de la autoría: en consecuencia sólo se puede hablar de un autor respecto de una determinada afectación al bien jurídico" (Karl Heinz Göessel, obra citada, pág. 54).-

----- Al respecto y con relación a los hechos de esta causa, se ha dicho: "\Cuando se trata de un hecho común con participación de varias personas, pese a que alguna o algunas de ellas puedan cumplir la función de dirección o coordinación del grupo y otras solamente la de actuación bajo la relativa subordinación de ellos, tal situación en modo alguno implica que no son autores -o coautores, según el concepto que de éstos se tenga- del hecho (Cpen. de Santa Fe, sala IV, 18-5-98...)" (conf. Se. 157/05 STJRNSP in re "CALVO").- - - - -

----- Como se advierte, se trata de datos fácticos demostrativos de un plan común, colaboración objetiva y co-dominio del hecho, por lo que se ajusta a las reglas de la lógica y la experiencia concluir que actuaron de acuerdo con una decisión común al hecho (aspecto subjetivo) y mediante la división del trabajo (aspecto objetivo), presupuestos de la coautoría funcional (conf. Zaffaroni, Alagia y Slokar, "Derecho Penal. Parte General", pág. 752; Se. 36/06 STJRNSP en "NARVÁEZ" y Se. 39/06 en "FUENTES").- - - - -

-----10.- Que el doctor Roberto Diego Villalba sostiene que, en relación con la figura del inc. 8º del art. 80 del Código Penal, nada se dice en la sentencia y por ello pide la nulidad por falta de motivación (art. 110 C.P.P.). Sin embargo, el argumento es

improcedente, en tanto a fs. 1036 ///33.- el a quo fundamentó, y no mereció agravios: “... hubo acuerdo de robar con armas y desde el anoticiamiento de que en el lugar cumplía funciones un agente policial, de lo contrario no tendría explicación el tiro en la nuca del infortunado Cornejo. Cabe aquí recordar los dichos de Montesino; \‘... intenté persuadirlos del riesgo que implicaba dicho asalto por la presencia de un custodio ubicado en forma permanente... \’”.- - - - -

----- Sin perjuicio de lo anterior, conforme con la sana crítica racional, es absolutamente impensable que los cuatro policías que acordaron y coordinaron cometer los ilícitos de homicidio y robo no hayan tenido conocimiento o investigado previamente sobre la existencia de una custodia “policial” en el supermercado, máxime cuando uno de ellos estuvo en actividad hasta minutos antes de iniciar el delito.- - - - -

-----11.- Que la competencia funcional de este Superior Tribunal de Justicia en su control de legalidad de los fallos en la instancia extraordinaria se circunscribe –en principio- a los puntos del resolutorio sometidos a crítica, atento a los principios generales para la interposición de recursos (art. 415 C.P.P.). Así, el ejercicio de la jurisdicción revisora se encuentra limitado por el alcance de los medios de impugnación y por los motivos que manifiestan la disconformidad del recurrente con lo decidido.- - - - -

----- En este orden de ideas, y al solo efecto declarativo, es de destacar que el a quo incurre en una errónea aplicación de la ley sustantiva al atribuirle el rol de co-autor a Diego Fabián Montesino, “porque \[I]uego de señalar ///34.- brevemente las principales teorías de la dogmática penal en relación con las cuestiones de autoría y coautoría, este Cuerpo entiende -atento a los hechos reprochados al imputado- que ninguna de ellas «... autoriza a suplir -aun existiendo dominio del hecho conforme al plan- la falta de participación en actos ejecutivos...» (Jorge De la Rúa, «Código Penal Argentino», 853)\’ (Se. 126/03 STJRNSP, in re \‘CIDES \’).- - - - -

----- “Más adelante, en el mismo precedente se agrega: \‘Entonces, «[p]uesto que tomar parte en la ejecución del hecho significa por lo menos llevar a cabo `una actividad que conforme una circunstancia característica de la acción típica´, el que despliega una actividad distinta, extraña a la acción típica -aunque converja con ella- sólo puede ser cómplice (el que hace fuerza sobre la víctima para permitir que otro la viole es, sin duda, coautor pues despliega la característica típica de la `violencia´, pero no puede ser considerado en ese grado quien estando en el lugar se limita a `mirar por si alguien viene´)» (Carlos Creus, «El `comienzo de ejecución´ como presupuesto de punición de

la tentativa. La participación del ‘campana’ en el delito», en LL 1993-B, 84 y ss.)\'.- - - -

-----  
----- “Así, la acción del coautor debe integrar los actos ejecutivos, exigencia que no se verifica en la especie en el hacer del imputado [... Diego Fabián Montesino, -chofer que llevó y esperó a sus copartícipes para facilitarles la huida y el traslado de la res furtiva a bordo de su rodado, ayuda sin la cual el injusto no se habría podido concretar-], pues su intervención es distinta de aquélla que toma parte en la ///35.- ejecución del hecho, pero sí se trata de un cooperador.- - - - -

----- “En este sentido, la colaboración de... [Diego Fabián Montesino] es la propia de un partícipe primario, porque \[c]onstituye participación primaria el accionar del imputado que en ocasión del robo tiene el rol de esperar en un auto, con el motor en marcha, la salida de los autores del hecho, puesto que la ayuda prestada es de real importancia, a tal punto que todo el plan delictivo de fuga dependía de su accionar...\’ (CNCCorr., sala I, 06-10-94, c. 43.714)” (Se. 192/05 STJRNSP in re “PANES”).- - - - -

----- La relevancia del aporte al hecho típico ajeno surge del propio relato del reproche que está probado y reconocido en las tres indagatorias, cuando se sostiene que Diego Fabián Montesino tuvo una activa intervención que excedió con creces la ayuda de haber sido el indispensable chofer. En efecto, esperó a Marifil, Osses y Riffo cuando llegaban a el Bolsón; los llevó en su vehículo a una vivienda donde nadie había; llegado el horario los llevó hasta el supermercado y los dejó; esperó hasta que realizaron el ilícito acordado y lo llamaron por celular para ir a buscarlos –lo que hizo de forma inmediata-; realizó actividades para conocer el despliegue policial por el ilícito que los imputados cometieron (fue hasta la comisaría “a ver cómo estaba la cosa” y tenía una radio con la frecuencia policial en su auto particular por la cual escuchaban la estrategia de la investigación); además, gracias a la reiterada invocación de aquél (Montesino) de su carácter de oficial de policía diciendo que iban a///36.-investigar el delito -que ellos acababan de consumir- lograron superar con éxito los sucesivos puestos de control que se habían instalado desde El Bolsón hasta San Carlos de Bariloche.- - - - -

-----  
----- Es decir, todas las reglas de la razonabilidad autorizan a sostener que Montesino desplegó su colaboración indispensable en forma anterior, simultánea y posterior a la ejecución típica del hecho (conductas témporo-espaciales) de los co-autores (art. 45 C.P.).- - - - -

----- En este orden de ideas, Eugenio Raúl Zaffaroni señala: "Nuestra ley distingue claramente entre los que toman parte en la ejecución del hecho y los que prestan a los autores una cooperación necesaria: los primeros son co-autores y los segundos son cómplices primarios...". Agrega este autor que "... media una diferencia abismal entre prestar una cooperación necesaria al hecho -que es lo que hace el ejecutor- y prestar una cooperación necesaria al autor del hecho, que es lo que hace el cómplice primario. Por consiguiente, el art. 45, al ocuparse del cómplice primario, lo que hace es crear una regla de punición especial, reparando en aquellos casos de complicidad en que el sujeto, pese a hacer un aporte necesario, no puede ser considerado autor, en razón de restricciones al principio del dominio del hecho. Si esa regla no existiese, estos cómplices tendrían igual tratamiento que los cómplices ordinarios o secundarios, pero, existiendo esa regla, su pena se equipara a la del autor" ("Tratado de Derecho Penal. Parte General", Tº IV, págs. 346/347).- - - - -

----- No obstante lo anterior, toda vez que el art. 45 del ///37.- Código Penal iguala la punibilidad entre coautores y cómplices primarios -y es esta última la categoría que se adecua a la acción de Diego Fabián Montesino-, el mencionado error en la aplicación de la ley sustantiva en que incurrió el tribunal de grado inferior carece de efectos prácticos perjudiciales para el recurrente, lo que obstaculiza la habilitación de la instancia por ausencia de interés.- - - -

----- La "... divergencia es esencialmente conceptual, pues al parificar nuestra ley en su artículo 45 del Código Penal la sanción que tiene tanto el autor del delito como el cómplice primario, no se derivan de los diferentes enfoques consecuencias prácticas" (ver Guillermo J. Fierro, actualizador de Soler, "Derecho Penal Argentino", Tº II, pág. 323; conf. Se. 126/03 y 192/05 STJRNSP).- - - - -

-----12.- Que, también al solo efecto declarativo (por no ser motivo de agravios y en función de la prohibición de la reformatio in peius), se agrega que la relación concursal ideal fijada en la sentencia de condena entre los tipos penales es errónea, sobre la base de un análisis centrado en los hechos acreditados que fueron subsumidos por las hipótesis contenidas en las normas seleccionadas, esto es: homicidio criminis causa y robo con armas.- - - - -

----- Es sabido que cada figura delictiva atrapa ciertos episodios de conducta humana. "La existencia de uno o más delitos depende de circunstancias de distinta naturaleza. Por una parte, depende del poder de absorción de determinada figura, ya que, según sabemos, no toda figura delictiva hace referencia a un modo de conducta naturalmente

simple y unitario. Pero sucede a veces, que el hecho excede ese ///38.- contenido descriptivo..." (Soler, II, 339/340). El mismo autor señala además que una de las hipótesis para abarcar tal exceso es el concurso real de delitos, cuando los hechos sean independientes. En este marco, el juzgador, en conformidad con las exigencias técnicas de cada tipo penal, abarcará -entenderá comprendidos- los extremos fácticos respectivos, intentando atrapar los hechos comprobados de la acusación.- - - - -

----- En el caso que nos ocupa, se acusó y condenó –esencialmente- por el acuerdo de voluntades de matar para concretar el robo y asegurar la impunidad. Se trata, entonces, de un homicidio conexo con otro delito y, precisamente, para que sea calificado debe haber un nexo psicológico. Si falta, habrá dos delitos distintos, independientes, pero no la figura del inc. 7º del art. 80 del Código Penal, porque este homicidio tiene que ser el “medio” para el otro delito fin, o “consecuencia” de él.- -

----- El Código Penal “ha adoptado el sistema de la conexión, entendida no solamente como exigencia del concurso con otro delito, sino, además, del elemento subjetivo propio de la calificante, que se caracteriza por la idea de matar \‘para\’... o \‘por\’ ... (Díaz ...; Fontán Balestra ...; Levene ...; Moreno ...; Núñez ...; Ramos ...; Soler ...). Vale decir, que el homicidio \‘crimínis causa\’ se consuma con la muerte de la víctima, cuando se debe o está relacionada a otro delito. Para la tipificación del homicidio calificado no interesa que el otro hecho se haya, también, consumado, ni siquiera intentado; pues, lo que interesa es el motivo del autor...” (Jorge D. López Bolado, “Los homicidios ///39.- calificados”, ed. Plus Ultra, 1975, pág. 245).- - -

----- Este mismo autor continúa diciendo: “La conexión ideológica que media entre el homicidio \‘crimínis causa\’ y el otro delito (por ejemplo, un robo), si los dos se han consumado, no quita autonomía a ambos hechos y, por consiguiente, la regla concursal del art. 55 CP es aplicable al caso. En efecto, existe concurso material o real porque son dos los hechos punibles, que, aunque, vinculados entre sí, según los designios del autor, se presentan real y jurídicamente independientes. En conclusión, si el otro delito se consumó o alcanzó el grado de tentativa, concurre materialmente con el homicidio calificado (Fontán Balestra ...; Núñez ...)” (obra citada, pág. 246).- - - - -

----- “Es independiente que se realice o no el otro delito propuesto... No es necesario que el otro delito se haya o no efectivamente cometido... No interesa que el autor no haya podido lograr su delito fin... Sólo se requiere que ese otro delito exista en la intención del agente, pero no en su acción...” (Laje Anaya, “Homicidios calificados”,

ed. Depalma, 1970, págs. 133/134).- - - - -

----- “Entre el homicidio ya consumado y el robo posterior existe un nexo que es el que se tuvo en cuenta para agravar la primera conducta, pero ello no impide que ambos actos sean independientes como lo establece el art. 55 del Código Penal” (CNCCorr, sala VI, del 07-06-90, c. 18.795 –Argibay, Navarro, Elbert (en disidencia parcial), citado en Donna, de la Fuente, Maiza y Piña, en “El código penal y su interpretación en la jurisprudencia”, ed. Rubinzal Culzoni, T° II, pág. 124). En igual sentido se han expedido la Sala ///40.- II de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional de San Martín (13-08-91 y 14-10-94), tal como mencionan Donna, de la Fuente, Maiza y Piña en la obra citada (pág. 125), la Sala 4ª de la Cámara Criminal y Correccional de Santiago del Estero (Lexis N° 19/10533) y Jorge E. Buompadre en su obra “Derecho penal. Parte especial” (T° 1, ed. Mave, pág. 151).- - - - -

----- En consecuencia, el sentenciante incurrió en un error de derecho al declarar la existencia de un concurso ideal entre los tipos penales seleccionados (arts. 80 incs. 7° y 8° y 166 inc. 2° C.P.), toda vez que la totalidad del tramo fáctico comprobado en dos figuras independientes posibilitan -a tenor de lo expuesto- la aplicación del concurso real entre ellas.- - - - -

----- Empero, este error de derecho no tendrá consecuencias prácticas en el pronunciamiento que se examina, toda vez que la pena impuesta –prisión perpetua- coincide con “el mínimo mayor” del art. 55 del Código Penal y, además, la cuestión no fue motivo de agravios, por lo que rige la prohibición de la reformatio in peius.- - - - -

-----13.- Que, conforme con lo arriba señalado, la sentencia recurrida contiene un proceso de construcción de certeza que ha sido completo y correctamente fundado en cuanto a su logicidad y motivación para concluir con la parte pronunciatoria, todo lo que constituye una derivación racional de sus fundamentos, los que se desprenden de las pruebas colectadas y válidamente incorporadas durante la audiencia de juicio.- - - - -

----- Así, el primer voto –al que adhieren los demás-///41.- realizó una descripción de las pruebas reunidas durante la realización de la audiencia de juicio, intensificando el análisis en las pruebas testimoniales y focalizando las partes conducentes de los dichos que devienen útiles para la reconstrucción de la verdad histórica.- - - - -

----- En conclusión, se observa que el a quo al sentenciar ha dado muestras de haber realizado un pormenorizado análisis de los elementos de cargo colectados y ha expuesto su libre convicción con la necesaria motivación que le imponen los arts. 369 y ccdtes. del Código Procesal Penal, compartida por este Superior Tribunal, la que permanece irrefutada ante los recursos articulados por las defensas.-

-----14.- Que en el análisis integral de las presentes actuaciones para los fines del control de legalidad de los fallos y la resolución de los recursos interpuestos, este Superior Tribunal de Justicia advierte circunstancias que trascienden los hechos investigados y el interés de los litigantes en virtud de que poseen una incidencia institucional y social o comunitaria. Así es que, ante dichas circunstancias -que no causan agravio ni afectación de derechos y garantías a los imputados-, este Poder del Estado Provincial no puede ser ajeno ni desconocer las consecuencias que irradian.- - - -

----- En consecuencia, corresponde remitir copias certificadas de las fs. 437/440, 450/452, 530, 539/540, 544/545, 546, 565/566, 571 y vta., 580/581, 596/597, 672/675, 680/682, 684/686, 714/715, 730/733, 736/738, 741/742, 779/780 vta. y 786/815 a la Procuradora General de ///42.- este Poder Judicial, doctora Liliana Piccinini, para los fines que estime corresponder (art. 218 Const.Prov.).- -

-----15.- Que, por los argumentos vertidos en los párrafos precedentes, los fundamentos invocados por los defensores doctores Jorge Oscar Crespo, Marcelo Álvarez Melinger y Roberto Diego Villalba, en representación de Héctor Daniel Osses, Diego Fabián Montesino y José Rolando Rizzo, respectivamente, resultan insuficientes para admitir la instancia extraordinaria. En consecuencia, corresponde declarar la inadmisibilidad de los recursos de casación interpuestos a fs. 1073/1086, 1091/1111 y 1112/1121 y vta. de los presentes autos, con costas cuando así corresponda, y, luego de una revisión integral de la sentencia condenatoria N° 77 del 1 de diciembre de 2005, confirmarla en todas sus partes.- - - - -

----- Asimismo, corresponde remitir copias certificadas de las fs. 437/440, 450/452, 530, 539/540, 544/545, 546, 565/566, 571 y vta., 580/581, 596/597, 672/675, 680/682, 684/686, 714/715, 730/733, 736/738, 741/742, 779/780 vta. y 786/815 a la señora Procuradora General de este Poder Judicial, doctora Liliana Piccinini, en conformidad con lo expuesto en los considerandos.- - - - -

----- Por ello, y dejando debida constancia de que, no obstante haber participado del Acuerdo y haber manifestado su voluntad de abstenerse de emitir opinión dada la

coincidencia de los dos primeros votantes, el señor Juez doctor Luis A. Lutz no firma la presente por encontrarse en comisión de servicios,

///43.-

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

RESUELVE:

Primero: Declarar formalmente inadmisibles los recursos de

----- casación deducidos a fs. 1073/1086, 1091/1111 y 1112/1121 y vta. de las presentes actuaciones por los doctores Jorge Oscar Crespo, Marcelo Álvarez Melinger y Roberto Diego Villalba en representación de Héctor Daniel Osses, Diego Fabián Montesino y José Rolando Riffo, respectivamente, con costas en el caso del primero y el tercero, y, atento a que ha sido revisada en forma integral, confirmar en todas sus partes la Sentencia N° 77, dictada por la Cámara Primera en lo Criminal de San Carlos de Bariloche el 1 de diciembre de 2005.- - - - - Segundo: Remitir copias certificadas de las fs. 437/440,

----- 450/452, 530, 539/540, 544/545, 546, 565/566, 571 y vta., 580/581, 596/597, 672/675, 680/682, 684/686, 714/715, 730/733, 736/738, 741/742, 779/780 vta. y 786/815 a la señora Procuradora General de este Poder Judicial, doctora Liliana Piccinini, en conformidad con lo expuesto en los considerandos.- - - - -

- - - - - Tercero: Registrar, notificar y oportunamente devolver los  
----- autos.

ANTE MÍ: WENCESLAO ARIZCUREN SECRETARIO STJ

PROTOCOLIZACIÓN:

TOMO: 9

SENTENCIA: 126

FOLIOS: 1725/1767

SECRETARÍA: 2